

行政法に於ける代理の研究

助 教 授
有 倉 遼 吉

2 6 0 4

目 次

序 言	1
第一章 代理の概念	3
第二章 行政法上の代理の特色	6
第三章 代理の種類	31
第四章 代理権	37
第五章 代理者の資格	42
第六章 復代理	45
第七章 代理関係の消滅	47
第八章 無権代理	51
第九章 代理の類似制度	60

終り

行政法に於ける代理の研究

有 倉 遼 吉

序 言

代理については、民法典の法律行為中に詳細な規定が設けられ、従つて既に民法學者に依つて殆んど完全に近い程の研究がなされてゐる。代理の意義自體も民法第九十九條に有權的に定まつてゐるので民法學に於ては異論あるを聞かない。此れに反して憲法、行政法に於ては、代理に關する規定は、各種單行法規に非常に多く散見するが而も代理の定義的規定を全く缺いてゐる。其の爲に、行政法上の代理理論を構成するにも規定の欠缺を如何に補充すべきかが問題となるが、實際民法の代理規定を全面的に類推適用する事の誤なるは言を俟たない。法の分野の異なるに伴つて、同じく代理と稱しても固有の特色を有してゐるのは當然であつて一を以て其儘他を律する譯には行かない。さればといつて、反對に民法規定を全然顧慮する事なく専ら公法上に現はれた個々の代理規定から歸納して公法上の代理の概念を定むる事も、もとより可能ではあらうが妥當であるとは申されない。代理も他の制度と同様に、一般法原理にまで還元し得る觀念であつて、其れが民法に

現はれた場合に民法的特色を帶び、行政法に現はれた場合に行政法特色を帶有するに至るものである。故に、民法固有の法理と行政法固有の其れとは兩立し難きものであるとしても、此等を抽出し去つた法の一般原理上の代理は公法私法に共通のものであらねばならぬ。従つて行政法上の代理の觀念を定立するに當つても、既に立法的に整備せられ、理論的にも著しい發達を遂げてゐる私法就中民法上の代理との比較研究をゆるがせに出来ないことは看易き道理であつて、兩者の異同を確める事は、研究方法としての捷徑であると信ずるものである(註一)。以下述べる小論は行政法上の代理制度が民法上の代理に比し如何なる特色を有してゐるかといふ事を顧みつつ代理制度の輪廓を描いて見たいといふ意圖を持つものであるが、起稿に際し、恩師中村彌三次先生の御懇篤なる御指導に對し厚き感謝を捧ぐると共に、其れにも拘はらず蕪雜なる未定稿に終らざるを得なかつた自己の未熟さを深く恥づる次第である。

註一 此點に關し、田中二郎教授 公法に於ける私法規定適用の限界 公法雜誌一卷五號參照。

第一章 代理の概念

代理とは或者が他の者の爲めにする事を示して爲したる行政作用の効果が他の者に歸屬する法關係を謂ふ。従つて一見するところ、民法に於ける代理と何等の區別も存しないかの如くに見える。又事實、代理行爲の當事者間に於ける代理の機能のみについて見るならば、民法上のそれと全く變りはないと云ひ得るであらう。行政法上の代理が民法上の代理と異なる點はさうした機能の點に求めらるべきではなくして専ら代理關係の主體に求めなければならない。民法上の代理に於ては、代理關係の主體は人格者たる事を當然に豫定してゐるのである。この事は民法第九十九條に於て「代理人」、「本人」と規定してゐる事からも當然に知られ得るのであるが、此に反して行政法上に於ける代理關係の主體は人格者のみに限らず、國家機關である事が非常に多い。もとより國家機關に人格を認め得るならば、機關間の代理も人格代理と同一に歸するであらうが、機關に人格ありやの問題は後述の如く種々の議論を生む難問であるのみならず、少くとも民法の領域に於ける人格者といふのは機關を除外せる自然人若くは法人のみを意味する事が明かである故に此の事は民法上の代理に對する著しい特色をなすものといふ事が出來よう。

斯く行政法上の代理は人格者間のみならず機關間にも存在する、否

寧ろ機關間に於ける方が多い爲め、學者によつては行政法上の代理を殆んど機關代理若くは官廳代理に限定して代理の定義を樹てゝゐる場合が多い。例へば「行政官廳ノ代理トハ他ノ行政機關ノ構成者カ行政官廳ノ本來ノ構成者ニ代リ一時其ノ權限ヲ行使スルコトヲ指稱ス」といひ（註一）、「行政官廳ノ代理トハ其官廳ヲ組織スル官吏換言スレハ其地位ニ即ク官吏ニ代リテ一時他ノ官吏カ其地位ニ當ルコトヲ謂フ」といひ（註二）、「行政官廳の權限の代理とは或行政官廳の權限の全部又は一部を其の行政官廳の補助行政機關又は他の行政官廳が行ひ、而も其の行政官廳の行爲として法上の效果を生ずる事を謂ふ」といはれるのは（註三）、何れも其れである。然しながら、行政法上の代理に於ても、斯かる官廳間の代理のみならず、國家と市町村間の如くに、行政法上の獨立單位たる人格者間にも存在し得るのである。例へば地租其他の國稅徵收事務を市町村が國家の代理者として私人から徵收するが如きが其れである。斯かる場合はもとより官廳代理ではなく明らかに人格代理である。従つて行政法上の代理の概念は可能なる限り機關代理をも人格代理をも共に包攝し得るが如くに定めねばならない。私が上述の如く其の定義の中に代理關係の主體を機關若くは人格者の何れをも意味し得るやうに特に「人」なる語を避けて、不成熟ながら「或者」、「他者」と稱したのは此の考慮からに外ならない。

假て上述の代理の定義について多少の説明を加へると、代理は或者が他者の爲めにすることを示して何等かの行政作用に出でたる事を要する。此場合、代理者、被代理者共に人格者である場合もあれば共に

國家若くは公共團體の機關である場合も存するは既述の如く、又人格者間の場合にも、前例の如く國家と公共團體間の場合もあれば、或は國家對私人の場合もあり、機關間の場合にも、所屬團體を對外的に代表し得る所謂主任機關間、又主任機關と補助機關間、補助機關相互間の場合の何れもが存する。次に「被代理者の爲にする事を示して」とは如何なる事かといふに、代理者の行爲の効果を被代理者に歸屬せしめる意思を有し且つ斯かる代行關係の事態を第三者に明示せんが爲めに被代理者の名に於て行爲することをいふ。但し機關代理に於ては民法上の代理、若くは行政法上の人格代理とは異なり、行爲の效果たる權利義務が被代理機關に終局的に歸屬するとは限らず、多くは終局的には國家に歸屬し得るものではあるが、兎に角一應被代理機關に歸屬し、其れが、國家と當該被代理機關との機關關係によつて國家に歸屬するものであるから、矢張り民法に於けるが如く顯名主義がとられるものである。而して、顯名の形式は陸軍代理令第四條の示すが如く「某職代理某」と稱せられるのを普通とするが、必しも斯くの如く明示たるを要せず何人の爲めにするかが客觀的に明白であれば足りるものと解する。又、被代理者は、機關を擔荷してゐる特定人の名稱を示すことは必要ではない。蓋し機關代理に於ては、機關擔荷者たる特定人を重視するものではなく、機關其のものの地位に重きを置くものと見られ得るからである。而して、代理行爲は、代決者又は使者の場合と異なり、法律上も、事實上も代理者自身の行爲であるから、行政行爲の瑕疵も、代理者に付て有無を検討すべきであらう(註四)。

- (註一) 野村信孝教授 行政法大綱 三四頁。
(註二) 山田準次郎教授 日本行政法 一六三頁。
(註三) 渡邊宗太郎教授 行政法要綱 三五頁。
(註四) 中村彌三教授 行政法提要 下卷 二七五頁。

第二章 行政法上の代理の特色

行政法上の代理の中で人格者間の代理は民法上の其れと何等異なる所はないが、所謂機關代理にあつては、國家に共屬する機關相互の代理關係であるから、民法上の代理とは異なる特色を有するものと思はれる。否むしろ、民法上の代理とは全然相容れざる別個の法律關係で兩者の間には何等共通の地盤が存在しないのではないかとの疑問すら發生する。若し根本的に異なつてゐるものであるとすれば、同じく行政法上の代理であつても、人格代理は民法上の代理と大體に於て同一の原則が支配し、代理なる名稱も内實に適はしいものとなるが、此に反して機關代理にあつては、代理なる名稱を用ふる事すら、概念の混亂を來すものとして妥當ならざるものと考へられることとなる。然しながら果して、しかく異つたものであらうか。機關代理を闡明するには、先づ第一に此の設問に對する解答が送られねばならぬ。次に機關代理に於ては、一の機關が他の機關に代つて行つた行政行為の效果が、多くの場合終局的には國家に歸屬するものであるから其點に於て、

國家と機關との間の機關關係と著しく類似してゐる。従つて代理關係と機關關係の相異を何れに求むべきやの問題が解決せられねばならない。以上の二點に關し順を追ふて述べたいと思ふ。

第一 機關代理と一般代理

機關代理は行政法上官廳代理と通常同義に用ひられるが(註一)、我國の通説に於て如何なる定義が與へられてゐるのであらうか。先づ美濃部博士に従へば「代理は本來特定の行政廳の權限に屬するものと定められて居る行爲が其の行政廳の地位に在らざる官公吏に依つて行はれ、而も法律上其の行政廳の爲した行爲と同一の效力を生ずる場合である」(註二)、佐々木博士に依れば「行政官府ノ代理トハ、本來其ノ行政官府ヲ構成スル者ノ存在スル場合ニ、之ヲ構成セサル者カ其ノ行政官府ノ權限ニ屬スル作用ヲ事實上行ヒ、而シテ法上其ノ行政官府ノ行動トナルコトヲ謂フ。故ニ官府ノ代理ト云フモ、二箇ノ官府相互間ニ代理アルニ非ス。二箇ノ官府ヲ構成スル者相互間ニ代理アルナリ」(註三)と謂はれ、之と殆んど同様の定義を山田準次郎教授、野村信孝教授、渡邊宗太郎教授が採つて居られる(註四)。而して代理機關と被代理機關との法律關係が如何なるものであるかについては、多く説かれる所がないが、「代理者の意思表示の效果は直接に其の代表する國又は公共團體に歸屬し、其の代理せらるる官廳に歸屬するのでない」(註五)、「行政官府ノ代理ニ在テハ代理スル者ノ行爲ハ法上其ノ行政官府自身ノ權限トシテ行ハレタルモノトス。決シテ代理スル者カ別箇ノ行政官府トナルニ非ス。」(註六)、「代理者ノ行爲ハ該行政官廳ノ行爲トシテ法

的效果ヲ發生シ依テ以テ國家ノ行爲ト觀念セラルヘキモノナリ」(註七)とある事に依つて大體察知し得る如く、代理者の行爲より生ずる法律効果が被代理者に歸屬する所の民法上の代理とは全く機構を異にし、代理者は被代理官廳其ものと化して、其の行爲は機關關係に基き直接に國家に歸屬すると説くのである。此の事を最も端的に説かるゝのは山田教授であつて「官廳の代理は一つの官府の内部に於て何れの官吏が何れの職に就くかの問題である「代理を爲すべき官吏が其の廳の職員でなく他の官府に職を奉ずる場合も代理者として其の職を擔當すると共に其の官府の職員となるものと解する」(註八)とせられる。然しながら私の觀る所に依ればさうは考へられない。成程、代理者が代理の目的たる事務として被代理者の職務を行ふことには相異ないが、其の事は直に被代理者たる職員になるものではない。例へば甲課長たる某省書記官Aが乙課長の代理を行ふ場合、其の書記官は決して乙課長になつたものと思ふべきではない。書記官たる官、甲課長たる職に何等の變更を來さず、たゞ代理權の効果として乙課長の職務をも行ひ得るに過ぎない。此點に於て、代理は兼官と異なるのみならず兼職とも異なる。若しも代理が兼職と同一であるならば、代理行爲を行ふに當つても、自己の名義を以てし、且つ代理なる表示は不要の筈である。例へば前例に於て、「乙課長A」なる名義を以て行ひ得る理となる。然しながら實際上も、又法令上も斯くは解せられない。例へば陸軍代理令第四條「代理者ハ長官ト同一ノ職權及責任ヲ有シ某職代理某ト稱ス」とあるが如くに必らず被代理者の職名義を示し、被代理者の名に於て行

爲すべきものだからである。山田教授が同一の規定の引用をされながら、反つて逆に自己の名に於て行動することの根據とせられるのは理解し難い(註九)。「某職代理某」の表示に於て、代理某の名が示されるからと云つて必しも自己の名に於て行動するものとはいへぬ。こゝに重要なのは寧ろ、被代理者の職名義たる「某職」であり、且つ代理の事態を示す「代理」なる表示である。代理行爲も、行爲自體は自己の行爲である以上自己の名を表示するは當然であつて、只其の行爲の効果を被代理者に歸屬せしむべき意思を以て被代理者の職名義を表示し、且つ當該關係を相手方に表示する爲に「代理」を附するものと解すべきである。尤も此際、某職とのみあつて、職擔當者の名が示される必要のない事が問題となり得るかも知れないが、其れは前にも一言した如く機關代理にあつては、擔當者が誰であるかは重要ではなく官職自體が重要視されるため、被代理者缺員の場合も尙代理たるに妨げない結果に外ならず、缺員代理の可能は山田教授も承認して居らるゝ通りである。上述の如く、代理は、兼官、兼職若くは委任とも異なる結果、法律效果の歸屬についても、直接に機關關係として歸屬するものではない。代理は、民法の法理と等しく、其の效果は被代理者に歸屬し、被代理者自體國家機關なるが故に終局的には國家に歸屬し得るに過ぎないのである。通説が官廳代理を兼職と同一に説かれる爲、代理者と被代理者の法律關係が如何なるものかにつき、殆んど説かれる所が無いが、此點につき詳細に議論して居られるのは野村淳治博士である。博士は一般の代理即ち民法上の代理と官廳代理を峻別せられ、

官廳代理を次の如く述べらる。即ち「官廳の代理といふのは實に官廳の代表と相同じいのであつて民法に所謂代理とは全然性質を異にする。代表といふ語には廣狹二の意義がある。廣義に於て代表といふのは國家又はその他の團體の顯現人がその團體のためにその意思を定め又はこれを行ふの目的を以て一種の決意をなすと共にその團體顯現人の決意が法律上國家其他の團體の意思表示と同一視せらるゝことを云ふ。(中略) それは或團體とその顯現人との間の關係である。これに反し狹義の代表といふは國家又は其他の團體に二以上の顯現人の存在する場合に於て、その中の一の顯現人が他の顯現人のために、その意思を定め又はこれを行ふと共にその一の顯現人の作成する所の意思又は行爲が法律上他の顯現人の作成する所の意思又は行爲と同一に看做さるゝことをいふ。……それは國家その他の團體に屬する二以上の顯現人相互間の關係である。公法の區域に於て官廳代理といふのはその狹義の代表に外ならぬ」(註十) とせられる。これに依つて知られる如く、博士に依れば官廳の代理も、廣義の代表も、其の作用上は全く同じで、普通に所謂機關關係に外ならなくなる。即ち代理者は被代理官廳の手足の如く、代理官廳の行爲は直に被代理官廳の行爲となるのである。斯くの如く作用が同じであるから、もしこの間に差異を求めるとすれば主體に求めねばならぬ。然らば機關は如何なる性質を有するかといふと、博士に依れば官廳といふ語に三を區別せねばならぬとせられる。即ち一は各省大臣の職又は府縣知事の職といふが如き無形の官廳である。その二は官廳に屬する一團の事務を行ふがために國

家に依つて選任せられた特定の個人又は會議體である。有形の官廳構成者である。その三は官廳に由つて行はるべき一團の事務及びこれを管掌すべき有形の官職の二が相結合する事に因つて成立すべき官廳であり、而して博士はこの第三の意味に於て官廳の語を用ひてゐられるのである(註十一)。而して斯の如き官廳は單純なる無形の官職又は單純なる有形の官吏等と異つて國家事務を行ふ權利義務を有する。即ち人格を有するのである。従つて博士の所謂廣義の代表も狹義の代表も共に人格者間の關係となつて、主體に依る區別も單に國家と機關か、機關と機關かといふ形式的な點を除けば全く同一に歸する。博士の説に對する疑問は、同じく代理なる名稱を用ひながら、機關間の代理關係のみを如何なる根據から機關關係とせられるのであらうかの點である。もとより實質が一般の代理と全然異なるものであるならば、代理の語の下に異なる内容を與へるも不可能ではない。然しながら其の爲には其の理由が明示せられねばならない。私の解し得る限りに於ては、機關代理を一般代理と區別すべき理由又更に機關關係と解さねばならぬ根據を博士の所説から知る事を得ぬのである。而も博士は他の箇所にて「故障ある官廳とその官廳代理者との間に全然代理被代理の關係の存在しない代理關係なるものはあり得ないのである。かくの如きものを代理なりといふ人があるとせば代理關係の實質のないものに代理の名稱を附するといふことになる」(註十二)といはれ、代理本來の典型を成るべく維持されたいが如き意向を示して居られる。然らば、機關間の代理にあつても、別段の矛盾を生ぜざる限りは、代理の本來

の意味に解すべきが當然であらう。然るに、博士の官廳代理は、本来の代理とは全然異なるものであり、むしろ補助作用に等しきものである。これこそ代理關係の實質のないものに代理の名稱を附することになるものではなからうか。

以上要するに、私の見る所に依れば行政法上の代理殊に機關代理にあつても、代理者が被代理者の爲にする事を示して爲したる行爲の効果が被代理者に歸屬するといふ代理本來の定型は其儘妥當せしめて何等矛盾あるを見ない事を主張するものである。只民法上の代理と異なるのは、屢々述べる如く、效果の歸屬を受くべき被代理者も亦機關である事の結果、一應歸屬した效果も、今度は機關關係に因り國家に歸屬する事あるに過ぎない點である。

次に代理行爲の對象については、民法上の代理と異なる一の著しい特色を構成する。即ち民法上の代理が法律行爲のみに限局せられるに反して、行政法上の代理は廣く事務一般に及び得べきを原則とする。例へば内閣官制第八條及び第九條に基く大臣代理制度も、陸軍代理令に依る各種代理作用も廣く被代理機關の全權に及び得べきものであり、此點に於て美濃部博士が代理關係を機關關係と分つ契機を代理行爲の法律行爲性に求めてゐられる（註十三）のは少くとも行政法上の代理については妥當しない（註十四）。

（註一） 此點は官廳の意義を如何に定めるかに依り異なる。通説に謂ふ如く、官廳を國家意思を決定表示し得る権限を有する機關に限定すれば、官廳代理は單に主任機關のみの代理を指し、機關代理よりも狹義となる。然し一般には主任機關と補助機關又は補助機

關相互の代理をも含めて官廳の代理と説かれて居り此意味に於ては官廳代理も機關代理も同一に歸するが、用語としては正確ではない。寧ろ機關代理の語をのみ用ふべきであらうと思ふ。

- (註二) 美濃部博士 日本行政法 上卷 一九六頁。
- (註三) 佐々木博士 日本行政法論總論 三四八頁。
- (註四) 山田教授 日本行政法 一六三頁。野村信孝教授 行政法大綱總論 三四頁。
渡邊教授 行政法要綱 三五頁。
- (註五) 美濃部博士 前掲書 一九八頁。
- (註六) 佐々木博士 前掲書 三五二頁。
- (註七) 野村信孝教授 前掲書 三七頁。
- (註八) 山田教授 官廳の代理 法學新報四七卷二號 一六頁。
- (註九) 山田教授 前掲論文 二一頁。
- (註十) 野村淳治教授 行政法總論上卷 一二四頁。
- (註十一) 野村教授 前掲書 一四三頁。
- (註十二) 野村教授 前掲書 一二二頁。
- (註十三) 美濃部博士 國家機關概説 法協三七卷四號 三一頁。
- (註十四) 中村彌三教授 內閣官制第九條に就て 公法雜誌 一卷二號 四〇頁。

第二 代理關係と機關關係

第一に於て述べた所に依り、行政法上の代理關係と民法上の其れとが本質的に異なるものではない事を承認したるが故に、此處に述べんとする「代理關係と機關關係」に意味する代理關係には、行政法上の代理も民法上の代理をも包含する一般的意味である事を當然ではあるが豫め斷つて置きたい。

假て前述の如く、所謂機關代理にあつては、或る機關が他の機關に代つて行つた行政作用の効果が、終局的には國家に歸屬するものであ

るから機關關係と甚だしく類似してゐる(註一)。從つて代理關係と機關關係の相異を何れに求むべきやを決定する事が機關代理の特色を最もよく示すものといふ事が出来るであらう。此れに關しては古來種々の學說が存する故、先づ此等の說を概觀する事にしよう。而して敘述の便宜上、代理關係と機關關係に區別ありとする差別說と、何等の相異なしとする無差別說に大別し、更に、差別說に於て、區別の基準を何れに置くかに依つて主體說と結合關係說に細分することとする。

一、差別說

(イ) 主體說 此の說は代理と機關の相異を専ら關係主體の人格の數又は質に求めようとするものである。而して此說には更に代理は二個の人格者の對立關係であるに反し機關關係は一の人格者の存在あるのみとする見解と、代理も機關も共に二個の人格者間の關係であるが、只代理にあつては二個の人格は各々獨立の完全人格であるに反して、機關の場合は綜合人格と機關人格との對立關係であるとして特殊なる機關人格の觀念を樹立しようと試みる說とがある。

(a) ゲー・イエリネツクの說

イエリネツクは國家機關は何等の人格を有するものではなく、國家の構成部分に過ぎざるに反して代理人は被代理人に對立する法人格者である事をその著書の各所に於て強調してゐる。即ち「被代理人と代理人は二個の異つた人格者である。法人と機關は之に反して互に獨立的ではなくして、機關は常に統一體の主要なる構成部分である。代理人の背後には從つて他の者が存在するが、機關の背後には何者も存在

しない」(註二)、「國家機關は其自體としては法人格を有せずして彼等に歸屬してゐる權限の範圍内に於て國家自體を表現する個人である。彼等は代理人ではない。何故なれば代理關係は代理人と被代理人といふ二個の人格を前提とするからである」(註三)、「國家機關は機關としては、國家に對しては何等の人格を有するものではない。互に何等かの法律關係に立つ所の國家人格と機關人格の二人格者は存在しない。寧ろ國家と機關とは單一なのである。(中略)被代理人と代理人とは常に二個の人格者なのであるが、團體と機關は常に一個の人格者なのである」(註四)と説く。

惟ふにイエリネックが機關が機關としては何等の人格をも有せずとしてゐるのは或意味に於ては正當である。確かに國家機關が、公共團體や一般臣民に對する渉外的關係に於ては、機關の地位は國家が外部に發現し得る一定の限界を示すものに止まり、機關の行爲は即ち國家自身の行爲であつて、其處には何等機關の人格を云爲する餘地は存しない(註五)。然しながら機關が他の國家機關に對する内部關係に於ては固有の意思、固有の目的を有する人格者として現はれる。權限爭議、協議、命令、監督等に見られる機關相互の關係は其の人格を豫定せずしては到底説明し得るものではない。蓋し、此等の場合に於ても機關の行爲を常に國家に歸屬せしめて國家の行爲として見るならば國家が國家と争ひ、國家が國家と協議し、國家が國家を命令監督するといふ結論に達し國家人格の統一性を保持し得べくもないからである(註六)。機關代理にあつても事は同様であつて機關と機關との國家組織内部の

關係である以上法人格者たり得べきものである。従つてイエリネックが總ての場合に機關に人格を認めず、此點を代理との相異點となしてゐるのは支持し難い。又假りに一步を譲つてイエリネックの見解に従ひ機關の法人格性を認めないとすれば本稿に述べんとする機關相互の代理關係は如何に説明すべきであらうか。即ち機關は人格を有せざるが故に代理關係は成立せず、さればといつて機關と機關との關係は法人と機關との所謂機關關係の如く人格を有する全體と部分といふが如き包括的關係を有せず一團體に屬する部分と部分との關係なるが故に機關關係といふ事を得ず、遂に如何なる關係なりやは解決し得られざる問題として殘存するのである(註七)。

(註一) 此の場合、代理權を賦與せられる事に依つて固有の機關權限の増大を來し代理の觀念を借りる事なく機關關係として直接に國家に歸屬するものと觀る説も成立し得る。民法商法等に於てはおそらく、法人の機關間の代理をしかく見てゐるものと思はれる。然しそれは、民商法に於ける法人機關はその相互の權限が比較的に嚴格ではなく、自由に職務代行が行はれる結果であると思はれる。行政法に於ける機關の如く、その權限が官制で制限されてゐる場合には、固有の權限外に於ては、機關關係として直接に、行爲を國家に歸屬せしめる事は出來ず、必らず被代理機關を媒介せしむべきである と考へる。

(註二) G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 30.

(註三) G. Jellinek, A. a. O. S. 234. 尙ラーベントが同様の見解を採る。P. Laband, Archiv für die civilistische Praxis Bd. 73, S. 187 ff.

(註四) G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 559 ff. 田村徳治教授、イエリネック 國家機關の法律的地位、法學論叢五卷二號五三頁。

(註五) 中村教授 前掲書 一〇六頁。

(註六) 中村教授 內閣官制第九條に就て、公法雜誌一卷二號三八頁。野津務博士 國家

機關ノ人格ヲ論ズ、法協、三十九卷——號九四頁。杉村章三郎教授、行政機關の人格性、公法學の諸問題二卷四二二頁以下。

(註七) 法人と機關の關係のみならず、機關相互間の關係をも含めて機關關係と稱するのは人の自由である。然し、それは從來一般に用られてゐる用語例に反するのみならず、機關相互間の關係は上述の如く多種多様である結果、之を機關關係と稱して見ても内容のない無意味なものとなる。

(b) ハー・プロイスの説

プロイスはイエリネックと反對に國家機關に人格を認め、従つて代理關係と機關關係の相異は關係人格者の數のみに依つて分別することは出來ず、只代理の場合は對當なる人格者間の關係であるに反して機關の場合は不對等なる人格者間の關係であるとし、兩者の差異を人格の質に求めた。即ちプロイスに依れば「個體主義人格説が相互に無關係に對立する人格を知り得るに過ぎないのに反し、有機的人格説は人格者の多様な分岐綜合關係を認め得る。即ち自治團體や支分國の如き個體人格者が固有の人格を毀損せられる事なくして並存的上下的に編制せられて團體なる綜合人格者に至るが如くに、團體構成員たる肢體人格者は機關に任用せられても尙其の資格に於て人格者即ち機關人格者なのである。機關人格は資格付けられた肢體人格者に過ぎない。(Organpersönlichkeit ist eben nichts anderes, als qualifizierte Gliedpersönlichkeit)」(註一)として團體竝に機關の人格性を認め、且つ人格を認める事から生ずる疑問即ち綜合人格者は機關が有すると同數の獨立人格者に分解するにあらずやとの問に答へて「有機説にとつては個體單一と結合せざる多數の外に有機的單一に迄結合せられたる多數

が存する。綜合人格の單一は肢體人格の多數と對立するものではなくして其の總和なのである」(註二)とし、更に機關關係と代理關係との區別に關しては別の論文に於て「有機説にとつては綜合人格者と、彼れに編制せられた機關人格者の間の法律關係は二個の不平等なる意思であり機關意思は團體意思に從屬してゐる。それは一の權力關係 (Gewaltverhältniss) である。代理人と代理せられる個人の間の個別的な法律關係は二個の平等なる意思であり代理人の意思は被代理人の意思に同位的である。それは一の債務關係 (Obligationsverhältniss) である」(註三)とする。

プロイスの説に對する第一の疑問は國家内に存する公共團體や個人に人格を認められる事から直に機關に人格を認める事である。肢體人格者たる個人が機關に任用せられる事に依つても尙人格が毀損せられざるは何故であらうか。機關擔荷者としてならば兎も角、機關自體が人格者として存續する根據はプロイスの説明では明かではない。次に機關人格を認める事に依り團體の人格を分裂せしめるとの非難に對するプロイスの解答も、上述の如く單に問を以て問に答へるが如きものであつて何等正當なる解明を與へたものとは云ひ難い。又綜合人格が肢體人格に對して如何にして優越するかについても必しも明瞭ではないが、假に一步を譲つて肢體人格を認め且つ綜合人格が之に優越するものとしても之のみに依つて代理關係との區別となす事は困難ではなからうか。蓋し本稿で扱ふ如き肢體人格者の保有者である機關と他の同様の機關との間の關係殊に其の代理關係は如何に説明すべきもので

あらうか。綜合人格と機關人格との關係は成程不對等なる關係とも見られるであらうが、肢體人格相互の間は不平等の關係もあれば平等の關係もあると思はれる。具體的に云へば例へば、上下機關間に於ける代理關係即ち府縣知事と書記官の關係の如きは明かに不對等關係であると見られるに反して同級機關例へば各省大臣間の代理の如きは平等關係であると見られる。同じ機關相互の代理關係でありながら、之をプロイスの説にしたがつて見るならば前者は機關關係であり後者は代理關係であるといふが如き奇妙な結果を來すであらう。要するにプロイスの説に依つては、彼自身、債務關係と稱する如く民法上の代理を一應説明し得るにとゞまり行政法上の代理に對しては全く妥當せざるものと謂はざるを得ない。

(註一) Über Organpersönlichkeit, Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung, u. Volkswirtschaft, 26 Jahrg. S. 583.

田村德治教授 プロイスの機關人格解説 法學論叢三卷二號參照。

(註二) A. a. O. S. 590.

(註三) Stellvertretung oder Organschaft? Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. S. 469.

(ロ) 結合關係說

此説は上述せる如き代理關係と機關關係とを其の關係人格者に求めんとせず専ら團體と機關、代理者と被代理者の結合關係に兩者の差異を見出さんとするものである。此説の主張者として森口博士及び野村淳治博士を擧げる事が出来る。先づ森口博士に依れば代理關係と機關關係の分れる所は唯一點即ち主體間の結合關係の如何に歸する。即ち

機關關係に於ては機關の行爲は直接團體の行爲として妥當するのであるが、代理關係に於ては、代理人の行爲は法律的にも代理人の行爲と考へられ、唯其行爲が本人に對して恰も其れが本人の行爲であるかの如き効果を發生する點にあるとせられる(註一)。而して其の理由として、或國家機關が其任命權に基いて他の國家機關を選任した場合と、代理人が復代理人を選定した場合を比較し、代理人が復代理人を選任した行爲は代理人の行爲であつて本人の行爲ではなく従つて代理人と復代理人間には委任關係が存在するに反し、機關關係に於ては或る國家機關が其選任權に基いて他の國家機關を選任した場合其の選任の行爲は直接國家がなした選任の行爲であると考へられ従つて此選定機關と被選定機關との間には必しも代理人と復代理人との間に存するやうな法律關係は存在しないとせられる(註二)。

私の見る所に依れば博士の結論は其自體としてはまことに正當であると思はれる。然し其の理由に至つては疑問なきを得ない。機關關係と代理關係とを比較するには、機關の機關行爲と、代理者の代理行爲とを比較せねばならぬ事は自明の前提であるにも拘はらず、博士の引例に於ては、機關の選定行爲は成程機關行爲であるが、之に反して代理人の復代理人選定行爲は代理行爲ではない、即ち其れは代理人が自己の名義に於て爲したる自己の行爲であつて、代理人と復代理人の間に委任關係が発生し、代理人が復代理人を監督し得る事も、此事から来る當然の結果であるとも考へ得られるのである。故に若し兩者の比較を爲さんとするならば、代理人が代理行爲として即ち本人の名義に

於て復代理人を選任したる場合、更に別言すれば授權行為自體を代理したる場合にも尙博士の述べられた如き關係が発生する事を立證する事が必要であつて若し其れが不能なれば博士の所論は機關關係と復代理關係との關係を示し得ても、機關關係と代理關係の區別とはならず、理由は更に別個に求められねばならぬことになる。

次に野村淳治博士に依れば「代理關係に於ては代理人と本人とは別個の獨立人格者として相對立する。代理人の本人のためになした意思表示は直接には代理人自身の意思表示たるに止まるのであつて、本人の意思表示とはならない。唯代理人のなした意思表示の效力のみが本人に及ぶのに過ぎない。これに反し國家とその機關とは相互に人格者として對立するに相違ないけれども、而かもこの場合にはその機關のなした意思表示が直に國家自體の意思表示を形成するのである」とせられ(註三)而して國家と國家の行政官廳が別個の人格者でありながら唯一の國權を行使する事については「國家の意思を定め又は國權を行ふの權利にも二の別がある。一は行政官廳が國家意思を作成するの目的を以て國家意思の根源となるべき自然意思を作成したことの結果により國家といふ團體がその自然意思の延長ともいふべき國家意思の歸屬を受くるの權である。その二は行政官廳が國家意思を定め又は國權を行ふがためにその國家意思又は國家意思の根源となるべき自然意思を作成するの權である」とせられる(註四)。

惟ふに博士が代理關係と機關關係との相異として示された所は私も全く賛成する所であるが、只人格者たる機關の行為が何故に直に國家

の行爲になるかの關係については理解に困難なるが如く思はれる。機關が國家のために一般人民に對して意思表示をなすときは其の瞬間に於て其の意思表示は國家の意思表示となる事は博士も認めて居られる所であり、若し斯くの如くんば此の場合に機關の人格を云爲する餘地なきものであり、機關は意思し活動する國家自體ではあるまいか。機關自身の意思や人格を此際に認めるのは、機關關係と代理關係の區別を曖昧ならしめ、反つて博士の主張を弱める如くに思はれる。機關が國家の爲めに意思表示を爲し得るといふ事は勿論であるが、一旦爲したる意思表示は法律上國家の意思表示であり、機關の人格は全く現はれないものと謂ふべきであらう。

(註一) 森口繁治博士 國家機關と其權限 法學論叢 十五卷三號 三九頁。

(註二) 同上 三一頁。

(註三) 野村淳治博士 憲法提要 上卷 一一八頁。

(註四) 野村淳治博士 行政法總論 上卷 一四一頁。

二、無 差 別 說

以上述べたものは代理關係と機關關係を何等かの意味及び方法に於て兩者を區別せんとする學說であるが、此れに對して兩者は本質的に何等の區別を有せずとする學說もある。此等は無差別說として以下述べて見よう。もとより無差別說にあつても差別を否認する根據は種々なることは當然である。

(イ) ハー・ケルゼンの說

ケルゼンが、差別説中の主體説に對して如何なる見解を有してゐるかを先づ述べよう。結論を云へばケルゼンはイエリネックの説にもプロイスの説にも反對なのである。即ち機關に人格を認める點に於てイエリネックと異なり、人格に綜合人格と機關人格とを區別しない點に於てプロイスと異つてゐる。斯くして兩者の區別を關係人格者の數及び質に求むる事は出来ないとして人格者間の結合關係に着眼するのであるが、而もケルゼンの見る所では、前述の結合關係説の如き差別を見出す事が出来ずして遂に兩者の間に區別なしと結論するものである。稍詳論するならば次の如くである。機關（註一）の絶對的非人格を押通すことは現に存立する機關義務に面しては此れを維持することは出来ない。人は法律秩序に對して權利主體としてのみならず義務の主體として立ち得る。國家機關に於ても同様である。但し其の際に法規は機關關係について二種を區別せねばならない。即ち一は國家に對して特定の動作を課し其實現を機關に任ずる規定であつて他は機關自身に對し右の規定を實行するやうに義務付ける規定である。國家機關は此の第二の規定との關係に於ては義務又は權利の主體として法律歸屬の終點であり人格者であるが第一の規定との關係に於ては法律的歸屬の通過點に過ぎないのであるから人格を有しないのである。例へば國家が窃盜犯人を處罰すとの規定からは未だ處罰を執行すべき義務を生じない。國家の處罰義務が存するに過ぎない。國家機關が義務付けられるには、此條文を實施すべき勤務義務を規定してゐる法規即ち懲戒法律條文が必要である。機關が此の條文に違反すれば懲戒制裁といふ

法律的歸屬を受くるものであつて、此關係に於て機關は人格者である(註二)。所が此の事は代理に於ても同様である。矢張り被代理人を拘束し又は權利付ける法律條文と代理人を拘束又は權利付ける法規とは區別すべきである。代理人は前の法律條文に迄の關係に於ては法律的歸屬の通過點たるに止まつて終局點ではなく從つて人格者ではない。而して此の事は代理人の行爲が法律的に彼の行爲として妥當しないで却つて被代理人の行爲として妥當するのである(註三)と。

以上の如くに論じて、ケルゼンは代理と機關の區別を否認してゐる。然しながら斯るケルゼンの說に對しては二點に於て批難が爲され得る。第一點はケルゼンが機關自體と機關擔荷者とを區別しないといふ事である。即ち懲戒法律條文の規定する勤務義務は機關自體に對するものではなくして機關擔荷者の負擔すべきものであるから、機關擔荷者の人格を認め得ても機關其ものの人格性を肯定する事は出来ない(註四)。第二點はケルゼンが機關及び代理人が共に法律的歸屬點でなく其の通過點であるといふ事よりして直に代理人の行爲が法律上代理人の行爲ではなくして本人の行爲として通用すると述べた事である。成程機關の行爲は直に法人自身の行爲となるのであるが、代理にあつては行爲の主體は、事實上も法律上も代理人自身である。代理行爲に内存する法的瑕疵の問題が代理人自身に付き定められ(民法一〇一條參照)、而も瑕疵より生ずる取消權は、行爲の效果として被代理人に歸屬するのは此の關係を示すものに外ならない。行爲の性質を定めるにあつては行爲全般を觀察すべきで、單に效果の歸屬のみを見て行爲の

性質をも同一視するのは正當ではない(註五)。

(註一) ケルゼンの用ひる機關の概念が相當多義であり、殊に法本質的概念と法内容的概念とに分たれ、前者は法秩序の具體化作用を擔當する者を意味し、從つて此意味に於ては民法に基き法律行爲を行ふ一私人も國家機關といふ事になる。之に反し法内容的概念は、機關擔荷者が一定の資格——義務性、專職性、有償性——を備ふる場合に限局する(*Allgemeine Staatslehre*, S. 262 ff.)。一般に學者の用ふる機關は、もとより國民中特定の資格者を以て構成するものを指すのであるから、此處に於ても法本質概念は一應問題外とする。

(註二) H. Kelsen, *Hauptproblem der Staatsrechtlehre*, S. 515.

(註三) A. a. O. S. 706.

田村徳治教授 ケルゼン機關應と代理應 法學論叢 五卷一號一二二頁。

(註四) 野津博士 前掲 十號八四頁。

尙、斯く評すればとて、私自身機關人格を否定する立場をとるわけではない。むしろイエリネックの説を批判した際にも述べ又後述する如く或場合には機關に人格を認めようとするものである。只ケルゼンと異なり、制度としての機關自體に人格を認めるのである。

(註五) 森口繁治博士 國家の機關と其權限 法學論叢 一五卷三號三九頁。

(ロ) シュロスマンの説

シュロスマンは代理と機關の區別に關する從來の説を丹念に反駁して結論として代理と機關とは全く一致するものである事を述べてゐる。即ち、代理關係に於ては代理人の存在を缺いても本人の獨立の存在を考へ得られるに反して、機關關係にあつては法人の機關なしには法人の存在が考へ得られないとの説に對しては、其の事は主要機關即ち其のものの意思が法人の作用や活動に決定的である程重要な機關についてのみ妥當し其以外の從屬的機關については妥當しないものであるとし(註一)、機關の活動が法人の活動に入り込むに反して代理人の場

合は然らずとの説に對しては代理にあつても無能力者の法定代理人の場合は同様に解すべしとし(註二)、又代理關係に於ては代理行爲は代理人自身のものであつて効果のみが本人に歸屬するに反して、機關にあつては機關の行爲が直に法人の行爲なる事に反對し、而して結論として次の如く述べてゐる「憲法或は法律によつて法人の爲めに行動すべく要請されてゐる法人の機關は代理人以外の何人でもない。従つて彼等が法人の爲めに行動せる場合、彼等自身の法人に對する關係を考察するに當つては代理の一般原則に依る評價が行はれなければならない」と(註三)。然しながら斯る反對にも拘はらず、兩者の相異は認むべきで、例へば機關欠缺の場合、その重要機關の欠缺は法人自體の存在もおそらく消失するものであり何等の人格、活動能力をも備へざるに至るのである。然るに、代理關係にあつては、たとへ法定代理人存在せざる場合といへども無能力者は或範圍に於て行爲能力を有し、又たとへ行爲能力を有しない場合も權利能力は生れた時から持つてゐるのであるから、觀念上のみならず事實上且つ法律上存在してゐるものである。假りに、斯る點に相異なしとするも、機關關係と代理關係とでは作用の態様自體が屢々述べた如くに相違するのであるから到底同一視するわけにいかない。尤もシュロスマンは代理權そのものの存在をも否認するもので(註四)、こゝまで徹底すればとも角、學理上代理權の存在を認めざるべからざるものである以上兩者の相異を認めざるを得ない。

(註一、註二) Schlossmann, Organ und Stellvertreter, Jhernings Jahrbücher für

die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. S. 303 ff.

(註三) A. a. O. S. 321.

(註四) Lehre von der Stellvertretung, S. 229 ff.

(ハ) 美濃部博士の説

美濃部博士は、區別説の根據即ち人格者の數に求める説、團體は機關の存在を前提とするとの説、機關は團體の中にあるとの説等を詳細に反駁し、又結合關係に求むべしとする説をも否定して「代理關係モ亦畢竟機關關係ニシテ所謂代理人ハ即チ本人ノ機關タルモノニ外ナラザルナリ」(註一)とし、結論として機關關係と代理關係は其の間に性質上の差異は存せず只異なる所は代理關係に於ては其關係は唯法律行為に付てのみ存するに反して團體と機關との關係は法律行為のみに止まらず法律行為の性質を有せざる意思行為に及ぶものであり而して斯る關係は常に國家と機關との間にのみならず又人格者相互間のみならず一の國家機關と他の國家機關との間に於ても成立し得るのであるとせらる(註二)。區別の根據を人格者の數に求める事の支持し難い點は正に博士の謂はれる通りであつて既にイエリネツクの説を批判した際に述べた如くである。然しながら其他の點に關する博士の所説に就いては必しも遂に賛成し難い。團體は機關の存在を前提とせざれば思考し難いとするの説に對し博士は縣知事又は警察署長を缺くも國家の存立に妨げなしとの理由を以て反對せられるも(註三)、此説にあつても斯かる輕微なる機關のみの欠缺を以て國家の存在が失はれる事を主張するものではない事は勿論であつて、「重要な」、若くは「總ての」といふ形容

詞を機關の上に附加して理解すべきものであつて、斯くすれば確かに斯かる機關なしに團體が存在し、權利義務の主體となり得るや否やは疑はしいと謂はねばならぬ。之に反し代理にあつては、授權代理は勿論、無能力に基く法定代理にあつてすら、代理人を缺くも、權利義務の主體となり得る事は、博士の否定にも拘はらず(註四)、争ひ難い事實であると思ふ。又機關は全部對一部の關係であるとの説に反對して、財團法人の理事、水利組合の管理者、府縣知事等の例を引いて、此等機關は法人の外部より與へられたものにして法人の一部をなすものに非ずとせらる(註五)。然しながら此點に關しても、既に機關地位に就任したる以上、其の以前に於て團體の構成員であつたか否かに論なく、團體の一部を形成するものと考へられるから、反駁は必ずしも正當でないと思はれる。又次に結合關係自體の區別を否認せられ、「代理關係ニ於テ代理人ノ意思ガ法律上本人ノ意思トシテ認メラルルト同一ノ意義ニ於テ、機關關係ニ於テモ國家機關ノ意思ガ法律上國家ノ意思トシテ認メラルルモノニシテ此ノ點ニ於テハ二者其ノ性質ヲ同ジウスルモノナリ」(註六)と謂はれるのは最も首肯し得ざる所であつて、機關の意思並に行爲が法律上も社會認識に於ても國家のものとして妥當するも、代理人の意思竝に行爲は法律上も社會認識上も、代理人自身の意思及び行爲として認識せられ、効果のみが本人に歸屬するものと認むべきは既に述べた通りである。而して、博士が唯一の差異とせられる法律行爲のみに關するや事實行爲をも含むやの點は、既に一言したるが如く行政法上の代理にあつては維持し難い。

(註一) 美濃部博士 國家機關概説 法協三七卷三一頁。

(註二) 前掲 三七頁。

(註三) 前掲 三〇頁。

(註四) 前掲 二九頁。

(註五) 前掲 三〇頁。

(註六) 前掲 二八頁。

以上學説の概要を紹介したが仮て結論として如何に考ふべきであらうか。先づ機關の人格性の問題を考ふるに、人格を全面的に肯定する説も、全面的に之を否定する説も共に採り得ないと思ふ。權限の分化に伴ひ國家機關相互の交渉は次第に頻繁となり、機關が機關に命令し協議し或は相争ふ等、全く一般人格者間に於けると同様の關係が存し得るのであつて之等を常に國家の行爲として見る事の妥當ならざるは謂ふまでもない。然しながら一方、機關相互の關係を離れて、機關が公共團體及び一般國民に對し行政作用を行ふ場合には機關は國家權能の外的發現の限界を示すものに過ぎず、機關はイエリネックが正當に指摘せる如く國家自體に過ぎず機關の人格性を云爲すべき餘地は全く存しない。蓋し國家の涉外的權能を規定する國家外部法上は國家以外に權能の歸屬すべき本體を見出し得ないからである(註一)。機關相互間にも一般人格者間に於けると全く同様に代理關係の成立し得るのも、團體内部の組織法上機關が人格を有し得る結果であつて、代理が代理人及び本人の二個の人格を豫定するといふ民法理論は、行政法上の機關代理に於ても之を維持し得るのである。只民法上の代理と異なるのは、民法の代理にあつては代理行爲の相手方に對しても代理人及び本

人の存在は行爲者及び效果の歸屬者として確立してゐるのに反し、機關代理にあつては相手方たる一般臣民又は公共團體に對する外部關係に於ては代理機關も被代理機關も其の存在を失ひ國家の行爲として妥當するといふ點である。

次に代理關係と機關關係を如何に區別すべきかの點であるが、機關關係の設定は本來活動機能を缺いた團體の存在を豫定するに反し代理關係にあつては單に活動機能の補足を要する場合を前提とするのであつて(註二)、機關を全く缺除した團體の人格性は之を思考し得ざるに反し、代理に於ては無能力者の法定代理人に於てすら、法定代理人を缺いても尙無能力者の人格を否定し得ない事は民法第一條の明示する通りである。機關關係に於ては團體と機關とは其の組織竝に機能の上に密接不可分の自同關係が存在し、機關なくして團體なく、機關の行爲が即ち團體の行爲と見られ得るに反し、代理者と被代理人との間には斯かる密接な自同關係は存在せず、代理者の行爲が本人から獨立して存在し得るのも結局如上の兩者の本質的區別から由來するものであつて要するに代理關係が本人と代理者との對立する二元的關係であるに反し機關關係は機關が法人に歸一する一元的關係であるといふ通説の主張も此意味に於て正當だと謂はざるを得ない。

本章に敘述せる所を要約するならば

(一) 機關代理も、國家内部法に於ては人格を有する機關と機關の間に成立する關係であり、其の法律關係も一般代理關係と同様に代理機關の行爲の效果が被代理機關に歸屬するものなる事。

(二) 一般代理と異なるのは、被代理機關も國家機關である結果、一旦歸屬した效果も機關關係に基いて國家に迄歸屬し得る事。

(三) 民法上の代理が法律行為のみを對象とするに反して行政法上の代理は事實的行政作用にも及び得べき事。

(四) 代理關係と機關關係の相異は主として結合關係の如何に求めらるべき事。

の四點を指摘する事が出来る。

(註一) 中村教授 前掲論文 三八頁。

斯くの如く團體内に於ける機關の分化を認め、國家内部法に於ける機關の人格を認める思想はリヒアルト・トーマの特に提唱した所である。本稿も之に負ふ所が多い。

Vgl. R. Thoma, Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten. Handbuch des Deutschen Staatsrechts, II Bd. S. 610 ff.

尙杉村章三郎教授も大體同様の見解を採つて居られる。同教授 行政機關の人格性 公法學の諸問題二卷 四一四頁以下。

(註二) 中村教授 前掲論文 四三頁。

第三章 代理の種類

代理は其の區分原理を異にするに従ひ極めて多くの種類に分つことが可能であらう。然しこゝでは比較的重要と思はれるもののみを挙げるに止める。

(一) 人格代理と機關代理

人格代理は、既に屢々述べた通り行政法上の獨立單位と認められてゐる人格者間に於ける代理關係を指稱するものであり、例へば市町村の如き公共團體が地租其他勅令を以て命じたる國稅を徵收する權利を有するが如きは（國稅徵收法第五條）國家と公共團體なる公法人間に於ける代理の例であり、市町村が其市町村内の府縣稅を徵收するのは（地方稅法第十五條）地方團體相互間に於ける代理であり、一定の運輸業を營むものが通行稅を徵收し（通行稅法第八條）、特定の催物、設備、場所等の主催者、經營者が入場稅を徵收し（入場稅法第六條）甲種の配當利子所得、甲種の勤勞所得又は甲種の退職所得に對する分類所得稅を支拂者が徵收（所得稅法第七十二條）することになつてゐるのは國家と私人間に於ける代理關係である。

之に反し機關代理は官廳間の代理の如く行政機關間に存する代理關係である。例へば各省大臣間の代理（內閣官制第九條）の如く主任機關間の代理もあれば、書記官による府縣知事の代理（地方官官制第十條）等の如く主任機關と補助機關の代理もあり更に又各省内部に於て課長故障により局長を代理せしむる如く補助機關相互の代理もある。行政法上の特色を有する代理は主として此の機關代理である。尤も機關にも國家組織の内部關係に於ては人格を認め得る事前述の如くであるから、此の意味に於ては機關代理も人格代理に包含せらるけれども然しそれは到底一般の人格と同視すべからざるものであるから矢張り人格代理の中に一般人格代理と機關人格代理の分類を認めざるを得ない。機關代理を更に細分して地位代理（註一）と擔任者代理とに分つ。

前者は一定機關の擔荷者が死亡、退職等の原因の爲めに欠缺せる場合に他の機關擔荷者が其の職務を代行するものを謂ひ、後者は或る機關擔荷者が病氣、長期の旅行等の爲めに職務を行ひ得ない場合若くは事務の便宜上任意の授權により他の機關擔荷者が其の職務を代行するものをいふ。例へば陸軍代理令第二條に「長官缺員ノトキ又ハ事故ノ爲メ其ノ職務ヲ執ルコト能ハザルトキハ代理者其ノ職務ヲ代理ス」、海軍艦政本部令第六條「本部長缺員中又ハ事故アルトキハ部下ノ職員席次ニ從ヒ其ノ職務ヲ代理ス」とあるのは何れも前段は地位代理後段は事故による擔任者代理であり、更に市制第九十四條第三項に「市長ハ市吏員ヲシテ其ノ事務ノ一部ヲ臨時代理セシムルコトヲ得」とあるのは事務の便宜による擔任者代理の例である。尤も地位の代理を代理と稱せざる立法例、又代理と認めざる學說も存する。例へば日本勸業銀行法第六條第二項に「副總裁ハ總裁事故アルトキ其ノ職務ヲ代理シ總裁缺員ノトキ其ノ職務ヲ行フ」とあり、其他同様の規定は朝鮮銀行法第八條二項、臺灣銀行法第十五條二項、日本興業銀行法第六條一項、帝國鑛業開發株式會社法第八條二項、大日本航空株式會社法第九條二項、北支那開發株式會社法第十條二項、日本產金振興株式會社法第九條二項、中支那振興株式會社法第九條二項、日本發送電株式會社法第十九條二項等其他枚舉に遑ない程に存する。立法例が斯くの如く必しも一致してゐない以上、地位の代理を代理と認むべきか否かを有權的に解釋し得ないのは當然であり、其の結果として學說の分れるところとなる。地位の代理を官廳事務取扱若くは官廳事務管理として代理と區別され

るのは例へば佐々木博士、野村博士、渡邊博士、杉村教授等が居られる(註二)。此の説に賛し得ざる所以については既に述べた。地位の代理は擔任者が存在しない場合であるから授權代理とはなり得ず必ず法定代理であり従つて原則として全權代理である點に於て擔任者代理とは異なる特色を持つ。

(二) 法定代理と授權代理

法定代理とは代理權の發生原因が法律に基く場合を云ひ、授權代理とは被代理者の授權行爲に基く場合を稱する。大體に於て民法に云ふ法定代理、任意代理(委任代理)の區別に對應するものであるが、たゞ行政法上の授權代理が原則として法令の特別規定あるに非ざれば許され得ないのに反して、民法上の任意代理は、所謂「代理に親しまざる行爲」を例外として自由に如何なる行爲をも代理せしめ得る點が異なる。故に用語としても、こゝには任意代理なる語を避けて授權代理としたのである。法定代理は例へば地方官官制に「知事事故アルトキハ官等ノ順序ニ從ヒ書記官其ノ職務ヲ代理ス。知事及書記官共ニ事故アルトキハ内務大臣ニ於テ他ノ高等官ノ一人ヲシテ知事ノ職務ヲ代理セシム」と規定せるが如きそれである(第十條一項)。此の規定の前段の場合は代理者たるべき者が豫め法定せられてゐるに反して、後段の場合は代理權其のものは法律に基き發生するも、代理者たるべき者は代理事故の發生によつて當然には特定せず更に第三者の指定によつて定まり、たゞ被指定者の範圍を一定してゐるに止まるものである。前者を補充代理後者を指定代理と稱し得る。内閣官制第八條、九條、陸

軍代理令第三條六條等にも同様の例が見受けられる。指定代理に於ける指定権者は設例の如く第三者たる場合もあれば被代理者自身たることもある。後の場合は多く各種委員會官制に於て見受けられる所でその一例を挙げれば米穀統制委員會官制第三條第一項に「會長ハ農林大臣ヲ以テ之ニ充ツ」とし、第四條第二項に「會長事故アルトキハ農林大臣ノ指名スル委員其ノ職務ヲ代理ス」とあり、又電氣委員會官制第五條第二項「會長事故アルトキハ會長ノ指名シタル委員其ノ職務ヲ代理ス」とあるが如きが其れである。

授權代理は上述の如く被代理者の授權行爲に依つて代理權が発生するものであるが、其れは例へば地方官々制第十條二項に「知事ハ府縣ノ官吏ヲシテ其ノ事務ノ一部ヲ臨時代理セシムルコトヲ得」とあり、北海道廳官制第八條第三項に「長官ハ道廳ノ官吏ヲシテ其ノ事務ノ一部ヲ臨時代理セシムルコトヲ得」とあるが如きである。斯かる明文のない場合に、授權代理が許されるや否やは一般的に論定することを得ない。機關の權限を定むる法令の規定の趣旨を検討して決定することを要する。即ち法令が特定の行爲を個別的に一定機關の權限として定めてゐる場合は當該機關が自ら行ふことを要し他の機關に代理せしむるを得ない。之に反し法令の趣旨が個々の行爲を定めずして、或る範圍の職務を包括的に一定機關の權限に屬せしめてゐる場合には其の一部を代理せしめることが可能であると解すべきである（註三）。

（三）全部代理と一部代理

代理は、代理せられる職務の範圍によつて全部代理と一部代理に分

ける事が出来る。全部代理は代理行為が、被代理者の職務の全範囲に及び得べきものであり、一部代理は、其の一部にのみ及び得るものである。授權代理は大抵の場合、被代理者の事故に因るものではなく事務の便宜上行はれるものであるから其の職務を擧げて代理せしむることは許されない所で必ず一部のみに限らる。如何なる事務を代理せしむるかは、具體的には被代理者の自由に任せられてゐるが、自ら行ふ事が固有の職責であると認められる程重要な事項については之を代理せしめ得ず、比較的些末の部分のみを代理せしめ得るものと信ずる。蓋し、自ら執務し得るに拘はらず重要な職務を代理せしめるのは、権限を定めた官制の趣旨に反するからである。例へば各省大臣の省令制定行為の如きを代理せしむることは許されないものと信ずる。法定代理にありては、被代理者の故障により自ら職務を行ふことが出来ない場合であるから別段の規定なき限り全部代理と解すべきである。

(註一) 機關は當然擔荷者の存在を豫定してゐるものには相異ないが、重視せらるべきは飽くまでも機關其もの即ち抽象的制度としての機關であつて、擔荷者の一時的欠缺に因り機關の存在を否定すべきではない。殊に被代理者としての機關は自ら能動的に活動するものではなく、法律效果の歸屬を受けるのみの、いはば受動的立場にあるものであるから尙更擔荷者の存否は問題とならない。而して私が機關に人格を認むべきであるといふのは、人間としての機關ではなく抽象的制度としての機關であることを附言する。尙判例が「逡巡ガ司法警察官ヲ代理スルハ其ノ職ヲ代理スルモノニシテ其ノ職ニ在ル特定ノ官吏ヲ代理スルモノニ非ズ」(昭和八・七・一〇大判)として代理せらるべき警察官の氏名を示さざる代理行為を有効にしたのは地位の代理を容認したものと見られ妥當である。

(註二) 佐々木博士 日本行政法論總論 三五四頁。

野村博士 行政法總論 一三一頁。

渡邊博士 日本行政法 六六頁。

杉村教授 日本行政法講義要綱 八八頁。

缺員の代理を認められるのは

山田教授 官廳の代理 法學新報 四七卷二號三頁。

美濃部博士 日本行政法 上卷一九八頁。

(註三) 中村教授 行政法提要 下卷 二八三頁。美濃部博士 前掲書 三八七頁。

杉村教授 前掲書 八七頁。

第四章 代 理 權

(一) 代理權の性質

代理權とは、代理者が被代理者の爲めに爲したる作用の効果を直接に被代理者に歸屬せしめ得る資格を謂ふ。即ち代理權は、本來の意味に於ける權利とは異なる。蓋し權利は人又は物に對して現實に利益を主張し得る力たるを本質とするに拘はらず、代理權には斯くの如き現實的勢力を缺き、その潜勢的なること恰も權利能力、行爲能力に異ならぬものだからである (註一)。

(二) 代理權の發生原因

代理權の發生原因は法定代理と授權代理とによつて異なる。法定代理にあつては、關係法規が發生原因となる。たとへ指定代理といへども、代理權自體は法規により既に存立して居りたゞ代理者の何人なる

かが指定権者の指定によつて定まるものであるから、矢張り代理權の發生原因は法規であるといふことが出来る。

之に反して授權代理にあつては、被代理者の授權行爲が代理權發生原因となる。授權行爲の性質如何の問題は民法上種々議論のあるところであるが我國に於ける通説は委任類似の無名契約と解してゐる（註二）。但し獨逸民法は單獨行爲とし、我國に於ても單獨行爲と解する説がある（註三）。然らば行政法上の授權代理に於ける授權行爲は、之を如何に解すべきであらうか。惟ふに行政法上の代理に於ける授權行爲も、之を嚴密に検討するならば、授權行爲と、他の之と同時に存する行爲とを區別して考へねばならぬ。即ち民法上の代理に於ける授權行爲が、多く本人代理人間の種々の契約（例へば委任、雇傭、組合の如き）と同時に爲され、授權行爲のみを單獨に行ふ事は實際上少いに拘はらず尙理論上は、内部關係たる契約と其の契約義務遂行の爲めに必要な授權行爲とを分別する要あると同様に、行政法上の代理にあつても代理者被代理者間に存する一定の職務委託命令若くは職務委託行爲と授權行爲とを區別して考へねばならぬと思ふ。例へば上級機關と下級機關との間に行はれる授權代理を想像せよ、觀念上は先づ、當該上級機關が自己の職務範圍に屬する一定職務を處理すべきことを下級機關に命令する行爲が存在する。其の命令が適法である限り、下級機關はもとより命ぜられた職務を行ふべき義務を負ふものであるが、單に其れのみに止まつて其處には尙代理關係は發生せぬ、故に其れが、職務の委任か或は上級機關の單なる補助作用たる代決であるか未だ不明

であるといはねばならぬ。更に代理關係を發生せしめんとするならば其の命ぜられた職務遂行を、一方に於ては上級機關の名に於て、又他方に於ては飽までも自己の行爲として行ひ得べき能力が與へられねばならぬ。斯かる能力を與ふべき行爲が授權行爲に外ならぬ。上述の職務委託命令に依つては下級機關に職務遂行義務が発生するに反し、授權行爲に依つては代理者たる下級機關に對し何等の義務も發生せしめるものではない。蓋し授權行爲を純粹に獨立抽象的に觀察するならば、單に代理者が自己の行爲による効果を被代理者に歸屬せしめ得る法的地位と解すべきであつて、其の中には本人に對し授權行爲の本旨に従つて忠實に代理行爲を爲すべき義務の觀念を容れる餘地はないからである。

假て斯るものとしての授權行爲は如何なる性質を有するかといふに、民法に於けるが如く契約と解すべきではなく、上級機關の單獨行爲たる命令により行はれるものと解せねばならぬ。蓋し上級機關は下級機關に對し一方的な命令によつて義務をさへ負擔せしめ得るものであるから況んや能力を賦與するにつき下級機關の同意を得る必要がないからである。職務委託命令を性質上義務負擔命令と稱し得るならば授權行爲命令は之を能力賦與命令と云ふことが出來よう。此の兩命令は如上の如く理論上明確に分別するを要するものではあるが、兩者とも特定の形式を採るを要しない所謂不要式行爲である關係上、實際には單一の命令として發せられるであらう。故に授權行爲が存在するや否やは、果して斯かる授權行爲が法規上許されるや否や、又許される

として授權者の意思如何の、法規並に當該命令を具體的の場合に解釋して定むべき問題である。以上述べた所は階級を異にする機關相互間の授權行爲であるが、同級人格者間若くは同級機關間の授權行爲に於ては必しも命令を以て律する事は出来ない。然しながら尙此場合でも其れは契約と見るべきではなく命令に非ざる一種の單獨行爲と見るべきである。例へば國稅徵收法施行規則第十四條に「差押フヘキ財産管轄區域外ニ在ルトキハ收稅官吏ハ其ノ財産所在地ノ收稅官吏ニ滯納處分ノ引繼ヲ爲スヘシ」とあるが如く、引繼なる授權行爲（委託行爲も勿論包含さる）を爲したるときは、相手方の收稅官吏に當然代理權賦與せられるものであつて、何等の承諾權若くは拒絶權をも認められてゐないから明らかに契約に非ずして單獨行爲である。斯かる明文なき場合に於ては些か其の關係は不明瞭となるが、其の場合に於ても矢張り、單獨行爲と見るべきである。蓋し行政機關又は行政團體相互間には相互に協力すべき義務を有するものであり正當の理由存するとき以外は受諾義務あるものと解すべきだからである（註四）。

（三）代理權の範圍

代理權の範圍は、法定代理にあつては當該法規につき、授權代理にあつては授權行爲の解釋によつて定めるべきであることいふまでもない。法定代理に於ては、上述の如く被代理者の故障に因り行はれるものであるから、原則として代理權は被代理者の機關權限の全範圍に互るものであり、代理權の範圍は結局被代理者の權限規定を精査解釋して定めることゝならう。之に反し授權代理にあつては、被代理者の權

限の一部につき授權せられるものに過ぎないから代理權の範圍も往々にして不明確なるを免れ難い。然し代理權の範圍の不明確なるを理由として、代理行爲を爲さざるを得ないことは勿論であつて、其場合には代理者は、代理行爲を遂行するについての必要性及び相當性を考慮しながら自己の正當と信ずる範圍内に於て行動すべきである。但し其の判斷を誤り權限踰越の行爲あつた場合には後述の瑕疵ある代理行爲となるから、代理行爲を爲すにつき其の範圍に疑問ある場合には、上下機關間の代理ならば、下級代理機關は上級被代理機關の指令を仰ぎ、同級機關ならば質疑、協議等の方法によつて決定するのが妥當である。民法の代理にあつては代理權の範圍定めざるか明確ならざる場合には補充規定が置いてあるが(民法第百三條)、行政法には斯かる一般的規定を缺き、若し特定の授權代理について其の代理權の範圍を定むる規定が存しても其れは民法法規に於けるが如き補充的性質を有するものではなく第一次的に當該規定を適用して代理權の範圍を定め、法規の明定せざる事項についてのみ第二次的に授權行爲を以て定め得るものとせねばならぬ。

(註一) 通説である。鳩山博士 日本民法總論 四一六頁。

中島玉吉博士 代理に付て 法學大家論文集。反對説 Schlossmann, Lehrbuch von der Stellvertretung, S. 229.

(註二) 鳩山博士 前掲書 四二一頁。

我妻教授 民法總則 三四九頁。

(註三) R. G. B. § 167.

石川博士 現行民法總論 三九六頁。

遊佐博士は、契約にても單獨行爲にても行はるとせらる。民法概論 三七〇頁。

(註四) 受諾義務の存在は少しも契約性の否定とはならぬとの議論も成立し得るであらう。例へば電気事業法第十五條一項、瓦斯事業法第十四條等に「企業者へ正當ノ事由アルニ非ザレバ電気瓦斯ノ供給ヲ拒ムコトヲ得ズ」とあるが、此場合も尙契約の範疇に入れるのが一般の見解のやうである。然し斯る契約は既に契約の實質を喪失せるものと認めねばならぬ。尙締約強制に關しては、末川博博士、契約締結の強制、公法雜誌一卷九號參照。

第五章 代理者の資格

代理關係の設定に際し何人を代理者とすべきかの任命要件としての代理資格は各種の代理によつて必しも一律ではない。法定代理中でも補充代理にあつては代理者たるべきものは豫め法定されてゐて選擇の餘地はない。例へば警視廳官制第八條によれば、警視總監事故あるときの代理者は警務部長たる書記官に一定せられてゐる。之に反して法定代理中の指定代理若くは授權代理に於ては何人を代理者たらしむべきかは法令の制限内に於て指定権者或は授權者の自由に委ねられてゐる。例へば上例第二項は警視總監及警務部長たる書記官共に事故ある場合に他の高等官の一人をして總監の職務を代理せしめることにしてゐる。即ち高等官たる資格を備へさへすれば何人を代理者に指定するかは内務大臣の任意である。これが授權代理に至つては設例三項にある如く其の廳の官吏をして事務の一部を臨時代理せしめ得ることゝな

り、一層廣い自由が認められる。勿論此の場合に於ても少くとも廳の官吏たることが必要であるけれどもそれは機關代理であることの性質から來る當然の制約であつて特に代理者資格を限定したものと見るべきではあるまい。

次に代理者たり得べき者の資格と被代理者の資格とは如何なる關聯を有するであらうか。之を考察するには、機關代理について特に代理機關其のものの資格と、機關擔荷者の能力を分けて考ふべきであり、此の兩者は被代理者の資格又は能力に比して或は緩和され、或は加重されるに至る。例へば法定代理にあつては概ね、機關たるの資格は之を低減せられ之に反して機關擔荷者の能力は高められるものと見なければならぬ(註一)。こゝに能力といふのは當該個人の一般的な才能を指稱するものではなく、代理關係發生中に於ける、又代理職務遂行についての能力を指稱するものなるを注意すべきである。即ち上掲設例に於て總監事故により部長代理する場合、又總監、部長共に事故あるにより内務大臣の指定により高等官が代理する場合に於ては明らかに代理者の資格は被代理者の資格より數等遞減せられるが、此れに反し代理事務遂行の能力は被代理者の能力の一時的不足を補ふ意味に於て高められてゐるといふことが出来る。ところが同じ指定代理であつても、例へば内閣官制第九條各省大臣故障により他の大臣命を承け事務を代行する場合の如きは被代理者の資格は同一であり、たゞ能力補充の意味を有するに過ぎない。授權代理に於ては設例の總監が廳の官吏をして事務を代行せしめる場合の如く、被代理者の能力不足といふ意

味ではないのであるから、資格能力共に數等の遞減を見るものである(註二)。

如上の所謂代理資格自由の原則に關し、人は往々民法第二百條「代理人ハ能力者タルコトヲ要セス」を引用するを常とするが、此の規定は代理人の無能力を理由として其の代理行爲を取消することが出来ないとの意味に解すべきであつて、代理人と相手方の關係を規定したもので本人と代理人との關係を直接に定めたものではないと考へられてゐる。故に本人代理人間の授權行爲の効果は別に定むべきであつて、例へば授權行爲が他の契約と合體してゐる場合、其の契約が取消された時には代理權も原則として消滅したゞ消滅の効果が既往に遡らないことを認めるに止まる(註三)。此の事は無能力者の利益の保護を重視する民法理論としては止むを得ない解釋ではあらうが之により代理者資格自由の原則の趣旨は相當減殺せられるを免れない。行政法に於ける代理に於ては民法上の行爲無能力者と雖も、それが法規の制限を受くることなくいやしくも國家機關に任用せられた以上、無能力者たる機關を代理機關に任用するは自由であり、其の者の代理行爲は完全に有效であるのみならず授權行爲も職務委託命令も共に被代理者の單獨行爲であるから、代理者の側から行爲無能力の故を以て無効又は取消を主張し得る餘地なきものと云はねばならぬ。

(註一) 尤も官廳内部に於て課長の代理を局長が行ふ事例は頻繁に行はれ、斯る場合には代理者の資格は逆に加重せられる。能力補充の意味を有する事は同様である。

(註二) 中村教授前掲論文 公法雜誌 一卷二號 四五頁。

(註三) 我妻教授 前掲書 二六三頁。

第六章 復 代 理

復代理とは、代理者が其の権限内の行爲を行はしめるために自己の名に於て選任したる本人の代理者をいふ。復代理者も代理者であり、代理行爲を自己の行爲として行ふものであるから單なる補助機關を使用する場合と異なるは云ふまでもない。又復任行爲は自己の名に於てなすべく本人の名に於てなすべきものではないから代理行爲の範囲に入るものではない。代理行爲として更に代理者を選任し得るかどうかは、法規又は授權行爲を解釋して決すべき別個の問題である。次に復代理者は本人の代理者であつて代理者の爲めの代理者ではない。従つて復代理者の代理行爲は直接本人の名に於て行ふべきものであつて代理者の名を以てするのではない。斯かる復代理制度は行政法上に於ては殆んど規定を缺いてゐる。幸ふじてこれに關聯する規定として陸軍代理令第十條「代理者ニシテ長官ト其ノ所在地又ハ其ノ廳ヲ異ニスルトキハ通常代理ノ爲共ノ所在ヲ變更スルコトヲ要セズ常務ハ長官ノ廳内ニ在ル次級者ヲシテ該代理者ノ名ヲ以テ之ヲ處理セシムルコトヲ得」を挙げ得るがこれとても實は復代理に該當するものではない。蓋し此の場合は「該代理者ノ名ヲ以テ」代理行爲をなすものであるから

代理者の爲めの代理者又は代決者であり本人の代理者と見ることは出来ないのである。斯くの如く何等關係法文が見出せない以上は學理的に決定するの外ないのであるが、代理一般に通ずる復代理の原則を見出すのは困難で矢張り各種代理について個別的に決定し得るに過ぎない。先づ授權代理に於ては、原則として授權代理者は復任權を有しない。蓋し授權代理者の代理權は被代理者の意思に基いて發生したものであるから、被代理者の信任を受けるものといふべく従つて被代理者の許諾を得るか或は許諾を得るにつき止むを得ない支障ある場合の外は復任行爲を認むべきではないからである。之に反して法定代理にあつては原則として復任權を認むべきであらう。蓋し法定代理は、其代理權の範圍廣汎なるを通例とし、且つ信任關係を基礎とするものではないから、復代理者を選定しても敢て本人の意に反することも無かるべく、更には、たとへ本人の許諾を條件として見たところで本人は存在せざるか若くは存在するも事故の爲め職をとること能はざる状態に置かれてゐるものであるから、許諾を得るに困難と解すべきものだからである。故に法定代理にあつては法令に特別の制限あるか或は復任行爲を禁止する被代理者の別段の命令存せざる限り、自由に復代理者を設置し得るものと解したい。

復々代理は許容され得るか、即ち復代理者は更に復代理者を選任し得るであらうか。原則として消極に解すべきであり、只授權代理者が復代理者を選任する際に許容せられると同一の例外の場合に於てのみ認められるものと解する。蓋し授權代理者の選任したる復代理者も、

法定代理者の選任したる復代理者も共に代理者の信任關係を基礎としてゐるものであるから代理者の許諾を得るか又は許諾を得ること能はざる故障の存する場合の外は更に復任權を認むべきではないと解すべきだからである(註一)。

(註一) 行政法上の復代理を論じた文獻は殆ど見當らない。僅かに中村教授前掲書二八六頁を擧げ得るに過ぎない。民法の復代理理論と殆んど同一に解すべきだからであらう。

第七章 代理關係の消滅

代理關係の消滅原因には種々の態様が存し得るが、これについても何等行政法規に依り得べき規定がない。先づ法定代理と授權代理とに分けて其の各々の消滅原因を觀察する。

一 法定代理の消滅原因

(イ) 法令の廢止

法定代理の代理權は法規に基き發生するものであるから當該法規が廢止せられたならば當然代理關係も消滅する。

(ロ) 代理關係發生原因の消滅

法定代理關係の發生は、被代理者の故障等に原因付けられてゐると同時に、存續、消滅も故障のそれと同一であるべき理であるから故障が止んだならば當然代理關係は消滅するものである。

(ハ) 廢官又は廢廳

機關代理に於て、被代理機關たると代理機關たるとを問はず官府又

は官廳が廢止せられたる場合に代理關係消滅すべきは自明である。此れに反して、單に當該機關擔荷者の死亡、退官、退職は必しも代理關係の消滅を來さない。例へば被代理機關擔荷者病氣によつて法定代理開始せられて後其者死亡するに至りたる場合には、擔任者代理が變じて地位の代理となり代理の種類の變更を來すに止まり、死亡が代理關係消滅の直接原因となるものではない。もとより、後任擔荷者任命せられた場合は代理關係消滅するを常とするもこれは上述（ロ）の原因に因るものであつて被代理者の死亡とは別問題である。次に、代理機關の擔荷者が死亡したる時はどうかといふに、後任者居らざる間は一時代理關係停止するも、後任者任命せられたる時は、其の者が當然代理者となるのであつて擔荷者の更替如何に拘はらず機關そのものについていへば代理關係繼續するものといはねばならぬ。

（二）代理事務の完了若くは消滅

例へば府縣制第四十八條により、府縣會に於て議長、副議長共に故障により議員中より假議長選任の必要ある場合其の選舉については年長の議員が議長の職務を代理するものとせられてゐるが、この際年長議員の職務が選舉に限定せられてゐる結果選舉が終了すると當然代理權消滅し、新に假議長が代理權を有するに至るものである。これに依つて知らるゝ通り代理事務の完了が代理關係消滅の原因となるのは所謂一部代理の場合に限り、全權代理の場合には、被代理機關の職務の不定量性の結果、故障の存續する間は、事務完了による消滅を認めることが出来ない。

二 授權代理の消滅原因

(イ) 授權行為の撤回

授權代理は信任關係を基礎としてゐるものであるから信任が破れた時には授權行為を撤回する必要があるべく、又行政法上の授權行為は單獨行為と解すべきこと前述の通りであるから、代理者の意思如何に拘はらず撤回するを得ると解する。撤回は將來に向つてのみ代理關係を消滅せしめるものであつて既に爲された代理行為の效力には影響を及ぼさない。

(ロ) 授權行為の瑕疵

授權行為そのものに瑕疵が存する場合、例へば、被代理機關が自己の權限内にあらざる事項につき授權したやうな場合は、權限外であることが客觀的に明白である限り當然無効となる。而も此の無効は前項の撤回と異なり原則として遡及效を有するものであるから、既に爲した代理行為は後述の無權代理行為となる。

(ハ) 職務委託關係の終了

前述の如く、授權代理にあつては、人格代理、機關代理を問はず、理論上は授權行為とは別に、委任法或は委託行為若くは委託命令の存在を認め得るものであるが、かかる關係が其の固有の原因によつて消滅した場合、即ち委託法の改廢、委託行為又は委任命令の撤回及び瑕疵に因る無効、委託者・命令者、受任者・受命者の死亡、受任事務・受命事務の完了等によつて消滅した場合、代理關係に如何なる影響を及ぼすかといふに、理論上は此等の關係消滅の後も代理關係の存續を

認め得ないわけではないが、授權行爲は受託事務受命事務處理の手段とも見られるものであるから、目的失はれて手段のみ存續せしめるは何等の實益なきのみならず、此の場合目的と手段は常に密接不可分な關係に置かれてゐるものと見るべく、従つて此等委託關係の消滅は代理關係消滅の原因を爲すものと解したい。

(二) 廢官又は廢廳

(ホ) 代理・被代理機關擔荷者の死亡・免官・免職・退官・退職・轉職等

此等の事項は法定代理にあつては必しも代理關係終了の原因とならないことは前述の如くであるが、授權代理にあつては屢々繰返す如く對人的信任關係を基礎としてゐるものであるから消滅原因に數ふべきであらう。例へば、授權代理關係存續中、被代理機關擔荷者死亡せる場合、後任者の任命なき間ですら、地位の代理たる法定代理が開始されることによつて授權代理關係は消滅すべく、更に又、直に後任者が任命せられた場合には、自ら信任せる者を新に授權代理者たらしむるに至り從來の代理關係が消滅することとなる。尤も從來の授權代理者に尙信任のつながれる場合に於ては設例前の場合には、新に地位の代理者となつた者は從來の授權代理者たりし者を自己の授權代理者たらしむるか或は復代理者たらしめることが出來、後の場合には、後任者は自己の授權代理者として同一人を任用出来るであらうが、其れ等は凡て新たなる授權行爲に基くものであり、從來の代理關係の存續と見るべきではない。

(ヘ) 存續期間の終了、終期の到來、解除條件の成就等。

第八章 無 權 代 理

一 無權代理の意義及び性質

無權代理とは代理權なきに拘はらず代理者なりと稱して爲したる代理行爲若くは代理權の範圍を逸脱したる代理行爲を謂ふ。こゝにいふ無權代理は廣い意味のもので、民法でいふ表見代理をも含めた觀念である。即ち全然無關係のものが代理行爲を爲す場合のほか、代理權消滅後の代理行爲、權限踰越の代理行爲等を含む。而して又、無權代理行爲があつたといふためには、代理權の不存在といふ點を除いて完全な代理行爲が存する事を要する。故に例へば、被代理機關の名を示さずして爲したる代理行爲の如きは無權代理に入らぬ。斯る行爲は、行爲者が眞に被代理者の爲にする意思を有してゐたとしてもそれは錯誤となり、而して行政法に於ては特に表示主義が尊重せらるべきものと信ずる故、民法第百條の如き規定なきに拘はらず、代理者固有の行爲として見るべきであらう。固有の行爲として觀たるとき通常は無權限の行爲となり瑕疵が附着する事あるも其れは無權代理を原因とした瑕疵ではないから、斯かる行爲は本章で扱ふ限りではない。

機關代理は既に代理の特色の所で述べた通り、法規又は被代理機關

の授權によつて代理權を取得し、代理機關本來の權限内に於ては爲し得ない行爲を行ひ、其の効果を被代理機關を通じて國家に歸せしめることを特色とする。蓋し自己の權限内の行爲は、機關行爲として行ひ得るものであり何も代理權の必要を認めないからである。従つて換言すれば代理權の存在は、機關權限外の行爲即ち無權限の行爲を被代理機關を通じて國家に歸せしめ得る適法化の契機となる。されば、代理權が何等かの理由により存在せざるに拘はらず代理行爲を爲した場合には斯かる特殊な地位を喪失し、代理機關の機關行爲としての無權限行爲となるものと見るべきである。越權代理に於ても其の理に變りはない。具體的に例を挙げると、警視總監が警視廳官制第八條三項によつて警視廳の官吏をして衛生事務を代理せしめた後に、授權行爲の撤回があると代理關係は消滅し爾後代理官吏たりしものは最早や衛生事務を取扱ふを得ず、もし取扱つた場合は機關權限外の行爲となる。又代理關係存続中でも、代理者が衛生事務以外の行爲、例へば警視廳令を總監の名で發したとしても、其れは代理權を逸脱する事によつて機關權限外の行爲となる。以上述べたことにより知られる通り無權代理行爲は結局機關權限外の行爲といふのと同一の結果になる。只異なるのは代理權の不存在といふ特別な事情を原因とするものであるといふことである。故に無權代理の法理を知らうとすれば必然的に機關の權限外の行爲の效力を見なければならぬ。

二 無權代理の效力

無權代理の效力を論ずる爲めには、當然に機關の權限外の行爲が如

何なる效力を生ずるかの問題を前提とし、又機關の權限外の行爲を知るには、更に一般化して瑕疵ある行爲の效果如何を檢討しなければならぬ。蓋し無權代理も瑕疵ある行政行爲の一場合であり、従つて、瑕疵一般の法理を之に適用して效力の如何を定めねばならぬからである。然し、本稿は直接此の問題と取扱ふものではないからなるべく簡単に概觀するにとゞめ且つ機關の無權限と全く關連なき瑕疵論は之を除外する事とする。

扱て行政行爲の瑕疵を無効と取消に分つことは通説の認むるところである(註一)。無効とは、權限ある官廳の取消を俟つまでもなく、行政行爲本來の效果を發することなく、他の行政廳及び裁判所も自由に其の無効を判定し得る場合を謂ふ(註二)。之に反して取消とは正當な權限ある官廳の取消あるまでは、行政行爲に瑕疵があるに拘はらず有效なものと取扱はれたゞ其の效力が不安定で取消權ある官廳から何時取消されるか分らない状態にあるをいふ(註三)。即ち取消があるまでは、他の行政廳又は裁判所も完全に其の效力を認めねばならぬもので獨自の見解を以て瑕疵を認定することは出来ないものである(註四)。無効と取消とは斯くの如く觀念上は明白である如くであるが、具體の場合に於て何れに該當するかは相當困難な問題であり學説も分れてゐる。大別するならば第一に瑕疵の性質より演繹して論理的に之を定めようとする説がある。而して此説の中に尙、瑕疵が重要なりや否や、外觀上明白なりや否や、重要にして明白なりや否やに依り前者を無効、後者を取消とする三説に分れる。瑕疵が重要にして明白なる場合は何れの説

に依るも無効に歸し、輕微にして明白ならざる場合は何れの説に依るも取消に歸するが重要にして明白ならざる場合は第一説に依れば無効、第二説に依れば取消、第三説に依れば取消となり、輕微にして明白なる場合は第一説に依れば取消、第二説に依れば無効、第三説に依れば取消となる。國家の安全と取引の安全との調和を考ふときは、第三説即ちアンデルセンの説が最も妥當なりと信ずる(註五)。然し、こゝに、重要とか明白とかの語は必しも明瞭ならず例へば第一説の主張者たるイエリネックは瑕疵が行政行為の主體、客體及び形式に關する時は無効、行為の内容に關する時は取消と述べて重要な意味を具體化してゐるが(註六)、此の標準が凡ての場合に適當なりやは疑はしい。又アンデルセンの謂ふ明白性も、第一に何を基準として明白なりや否やを分別するやが疑問であり結局は通常人の健全なる判斷といふが如き抽象的な結論に達するであらうし、又明白なる瑕疵であつても、此の行為に基いて更に第三者にも種々なる法律關係が形成された後にも常に無効として差支へないかの疑問が生ずる。茲に第二の説が生ずる理由があるのであつて例へばジェーズやヒツペルが所謂目的論的立場を強調して瑕疵の性質如何を問はず具體的事件に關する凡ゆる事情を考慮して定むべしとするのが(註七)之であつて、第一の説の缺陷とされる固定性を補はんとするものである。此主張の正當性は充分認めねばならぬが只此の説に依れば瑕疵の効果を定める基準は殆んど無數に、極言するならば具體的事件の數に迄分化し、之を設定する事は不能とならざるを得ぬ。要するに如上の二説は相排斥するものではなくして、

具體的事件に際しては第一説に依る基準で一應取消か無効かを定め更に第二説の主張するが如く關係諸利益を考量して取消から無効に至る種々の段階を設けて何れに該當するかを決定し具體的妥當を見出さねばならぬと思ふ。此點に於て例へばヴェルテンベルク行政法典第二次草案の第三十五條に「事物無管轄官廳ニヨリ爲サレタル行政行爲ハ無効トス」としながら第四十條に善意の第三者保護として「無効ノ行政行爲ニヨリ公法上ノ行爲ヲナスノ權限ヲ認メラレタルトキハ、無効ハ無効ノ確定前ニ受任者ガ第三者ニ對シ又ハ第三者ガ受任者ニ對シ有效ニ爲シタル公法上ノ行爲ノ效力ニ影響セズ。但シ第三者ガ無効ノ理由ヲ知レルトキハ此限ニ在ラズ」と規定してゐるのは抽象的基準に依る固定化の缺陷を具體の場合に矯正せんとする上述の理論の立法化として注目されるのである。

行政行爲の瑕疵の効果が以上述べた如きものとして、本章に扱ふ無權代理行爲の效果は如何に定むべきであらうか。之が解決を要する當面の課題である。無權代理行爲が、機關の無權限行爲に歸する事は上述の如くであるが、瑕疵の態様としての無權限を一般に事物的無權限(Sachliche Unzuständigkeit)と地域的無權限(Örtliche Unzuständigkeit)に分ち、兩者共に原則として無効として扱つてゐるが如くである(註八)。而して實質的無權限の行爲とは、行政機關が其の種類の實質的内容を有する行政行爲につき一般的に權限を有しないことを云ふとせられる。扱て無權代理行爲がこの實質的無權限に屬することが多いのは認めねばならぬと思ふ。蓋し代理制度は實質的無權限の機關をし

て、有効に其の権限外の行爲を爲さしめ得るものだからである。然しながら通説が何等疑ひを抱かずに無権限の行爲を無効として論じ去ることについては疑なきを得ない。上述の基準に照して見ても必しも常に無効と論ずるを得ないのではあるまいか。成程、権限規定は重要な法規であり、それへの違反は重要な瑕疵と認められようが、違反が客觀的に明白なりやの點は必しも一概に論じ去る事を得ぬ。行政機關の権限の範圍は官制の規定に依り一應明確に定まつてゐる。殊に渉外的行政行爲にあつては、其の行爲を爲し得るものは所謂主任官廳又は行政廳であり、補助機關は斯かる権限を有しない。例へば市町村の助役が自己の名に於て租税賦課處分を行つた場合の如きは権限の不存在が何人にとつても明白なりと謂ふべく絶對無効たらずるを得ないであらう。若し私人にして斯かる賦課處分を有效なりと信じて納付するも、そこには其者の過失を認め得るから、かゝる私人を保護するの要はない。故に機關が機關固有の名義に於て行爲する場合には事物的無権限に基く瑕疵が重大にして明白なる場合が多いであらう。それでも尙、複雑多岐な権限法規の存在竝に解釋は必しも明瞭なりと謂ふを得ず殊に私人の側にとつて然りである。目的論的立場に立つ學者が具體の場合に實質的無権限必しも無効に非ざる事を主張するのは、此意味に於て正當と謂はねばならぬ(註九)。然るに田中教授が斯かる立場を採られながら機關代理に於て授權行爲の無効に基く無權代理を當然に無効の如く解せられるのは(註十)解し難い。私の見る所に依れば無權代理に基く無権限は、通常の無権限よりも遙に無権限なる事實が外觀上明白

ならざる場合に屬する。蓋し無權代理にあつては、權限規定を知るを以て足れりとせず更に代理權の存在並に其の範圍を確めねばならぬからである。代理行爲は通常自己固有の機關權限外の行爲であること既述の通りであり、而して機關權限の有無範圍は法規の定むるところである。故に該無權代理行爲と同一の行爲を代理行爲としてではなく固有の機關行爲として爲した場合には、相手方が權限法規並に當該行爲の性質を明確に認識してゐる以上、當然無効なる行爲と信ずるであらうし又信ずべきものなのである。ところが同一の行爲を代理行爲として爲されると、相手方は權限規定並に行爲の性質に關する認識に缺くところがなくとも、更に代理權の存在不存在及び其の範圍を知らなければ行爲の有効無効を判定することが出来ない。故に單なる機關の無權限の行爲よりも代理機關の無權限行爲の方が相手方保護の必要一層大であると云はねばならぬ。尤も此事は代理權の存在不存在が客觀的に明白である場合は別論である。例へば全然國家機關たる地位を有してゐない私人たる事が客觀的に明白なるに拘はらず、其者が國家機關なりと稱して他の機關の爲めに無權代理行爲をなした場合、又は警察官廳が稅務官廳の代理として租稅賦課處分を爲した場合の如く代理關係の全く發生する餘地のないことが客觀的に明白な場合には相手方を保護する必要はない。又代理關係の發生する可能性が法律上は認められてゐる場合でも法定代理と授權代理とでは扱ひを異にしてよい。蓋し法定代理に於ては代理權の發生が被代理者の故障を原因としてゐるのであるから代理權の發生、存續、消滅が第三者にとつて比較的

明瞭であり得るからである。越權代理の場合も、法定代理にあつては、代理權の範圍は原則として被代理者の職務の全範圍に及ぶべきであり而して被代理者の職務の範圍は關係法規の定めにより明瞭であるからである。然し同じ法定代理でも指定代理にあつては何人が代理者なるかにつき不明白な程度は増大する。授權代理に至つては代理者の如何も、代理權の成立も、代理權の範圍も一層不明瞭であり、行政行爲の瑕疵は其の明白性に於て缺く場合が一層多い。

相手方保護の必要斯くの如く大なるにも拘らず、事物的無權限なるの故を以て當然無効なりとするの不當はいふを俟たぬ。さればといつて民法の表見代理の如く、確定的に國家に付て效力を發生するものとするは、國家の安全を重視する行政法の特質にかんがみ不可能であらう。行政取引の安全は、此點に於て國家の安全の前に一步を譲らねばならぬ。結局無權代理行爲は瑕疵重大にして明白なる場合は當然無効とし、至らずして何等かの意味で不明白な場合は取消し得べきものとすべきであらう。而して一般の機關行爲が、無權限なるの故を以て無効となるを原則とするに反して、無權代理行爲にあつては取消しうべき行爲となるを原則とするとも考へ得るであらうか。而して取消は、一般行政行爲の瑕疵による取消の原則にしたがふも、取消權限ある官廳は、行爲の性質即ち利益を與ふる行爲なりや否や負擔を命ずる行爲なりや否や等を精査の上適宜に取消したり、又取消效を遡及せしめたり或は將來效を生ぜしめるが如くせねばならぬ。又一般には取消權の拋棄たる追認をなすことを得ないものとされてゐるが(註十一)、表見代

理行爲と見らるべき無權代理行爲の如きは、取消し得べき官廳より私人たる相手方に對し追認して行政行爲の取消性を排除することを認めても差支へないものと考へる。

(註一) F. Fleiter, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 203 ff.

O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrechts, Bd. I. S. 92 ff.

R. Herrmann, Grundlehren des Verwaltungsrechts, S. 281 ff.

W. Jellinek Verwaltungsrecht, S. 254 ff.

美濃部博士 日本行政法上卷 二六三頁。

佐々木博士 日本行政法論總論 六三七頁。

渡邊博士 日本行政法上卷 三〇五頁。

野村博士 行政法總論 上卷 五〇九頁。

杉村教授 日本行政法講義要綱 上卷 六一頁。

(註二) K. Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 204.

Fleiner, A. a. O. S. 206.

(註三) Kormann, A. a. O. S. 203. O. Mayer, A. a. O. S. 95. Fleiner, A. a. O. S. 206.

(註四) 美濃部博士 前掲書 二六八頁。

(註五) P. Andersen, Ungültige Verwaltungsakte mit besonderer Berücksichtigung der Ungültigkeitsgründe, S. 67.

(註六) W. Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, S. 103.

(註七) Hippel, Problem des fehlerhaften Staatsakts, S. 69 ff.

Jèze, Französisches Verwaltungsrecht, S. 451 ff.

(註八) 美濃部博士 前掲書 二七七頁。

(註九) Hippel, A. a. O. S. 51. 田中二郎教授 行政行爲の瑕疵 法協四九卷二號 五八頁。

(註十) 田中教授 前掲論文 六一頁。

(註十一) Vgl. Ergänzungsband zur Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. § 52.

第九章 代理の類似制度

一 代 決

行政事務の實際に於て屢々代決なる作用が行はれてゐる。然し之は代理と明確に區別するを要する。蓋し代理にあつては代理者の行爲は事實上も法律上も飽まで代理者の行爲であり、たゞ其の効果のみが被代理者に歸屬するものであるに反して代決に於ては、事實上の觀察から云へば、代決事務の處理は代決者の意思を以てする代決者の行爲であるに拘はらず、それが法律上外部に現はれる場合には全く被代決者の行爲として妥當するからである。従つて、名義からいつても、代理の場合に於ては被代理者の職名義を示すと共に必らず代理者としての自己の職名義を示すことを要するに反し、代決の場合には代決者自身の職名義は全然現はれることはない。例へば獸醫師の免許は獸醫師法第一條の規定によつて農林大臣の權限に屬してゐるが、農林省内部の事務の實際に於ては畜産局長が代決し、而も外部には、全く農林大臣の免許行爲として示されるものである。一言にして云へば代決者は被代決者の手足の如き補助機關に過ぎず代決者の行爲が外部に對して被代決者の行爲と認められるものである。従つて、代決は官廳内部の主任機關と補助機關の間に於てのみ行はれ官廳相互間に於ては行はれない。代決は官廳内部の執務上の問題に過ぎないから必しも法令によつ

て定むる事を要するものではなく、訓令を以ても定め得るのである。法令を以て定めた例としては陸軍代理令第十一條に「長官更迭シテ新長官未ダ著任セザルトキ又ハ長官事故アルモ代理者ヲ要セザルトキハ其ノ廳内ノ次級者ハ長官ノ名ヲ以テ常務ヲ處理スルヲ例トス」とあるが如きがそれであり、訓令を以て定めた例としては廳中處務規則（東京府訓令第六號）第二十條に「知事不在ノトキハ官等ノ順序ニ從ヒ書記官其ノ事務ヲ代決ス知事書記官共ニ不在ノトキハ知事ノ指定シタル地方事務官、地方技師其ノ事務ヲ代決ス」とあるのを擧げる事が出来る。

二 使 者

使者は官廳の意思表示を私人に對して送達したり、又は官廳内部に於ても機關相互の意思を傳達したりする手段として用ひられるがこれはもとより代理者ではない。蓋し其の行政作用について、使者自身の意思の介入する餘地が全然ないからである。又使者は代決者とも異なる。蓋し代決者は代決行爲を事實上自己の意思を以て處理するのであるが使者は、官廳の意思を表示したり、又は完成したる意思表示を傳達する丈であつて、使者の意思を認めることが出来ないからである。

三 委 任

委任は或者が自己の權限に屬する特定の職務を他の者に委託して、受託者の名義に於て處理せしめるものである。それは代理と等しく人格者の委任もあれば、機關間にも行はれる。例へば國家の營造物たる初等學校の設立事務が市町村に委任せられるのは前者の例であり、又

地方官官制第十一條に基き知事が其の職權に屬する事務の一部を支廳長、警察署長又は市町村長に委任するが如きは後者である。又委任關係發生原因たる委託命令又は委託行爲が民法の委任と異り單獨行爲たることも代理と同様であり、屢々委任關係に代理關係が伴ふ場合あることも前述の如くである。従つて委任と代理は極めて類似してゐるが、其の最も重要な相異は、委任に於ては委任事務の處理を受任者の名義に於て行ひ、代理の如く委任者の爲めにすることを示す必要がないといふ點である。従つて行爲の效果も、代理の場合は被代理者に歸屬するに反して、委任にあつては受任者に歸屬するは當然である。

四 代 表

代表は、行政機關が其の所屬團體の爲めになしたる行爲が法律上其の團體の行爲と認められるものをいふ。代理との相異は既に、代理の特色の個所で述べたからこゝに再設しない。一言にしていへば、代表者の行爲は法律上當然に所屬本體の行爲と認められるに反して、代理關係に於ては代理者の行爲は自己固有の行爲であつて、機關代理の場合に於てさへ其の效果のみが被代理者を通ずる事によつて所屬團體に歸屬し得るものである點に於て全然異なる。

五 兼 任

兼任には兼官と兼職とがある。官は官吏の身分であり、職は官吏の管掌すべき職務を指稱する。例へば各省書記官は官名であり、其の書記官の擔任すべき某課長といふのは職名である。府縣部長は官名であり、内政部長といふのは職名である。尤も、一の官に伴ふ職が唯だ一

のみしか存しない場合は官名と職名は同一に歸する。例へば各省大臣、各省次官、府縣知事、府縣官房長の如きが其れである。然し其場合も尙觀念上は官と職を區別せねばならない。官のみを保有せしめて職を剝奪する處分たる休職等に、兩者を區別する實益が存する。扱て兼官とは例へば書記官兼事務官といふが如きがそれであり兼職とは内政部長兼警察部長といふが如し。内務大臣兼大藏大臣といふ場合は兼官と兼職が同時に併存してゐるわけである。兼官と代理との區別は、第一に兼官は同一人に二個以上の官が歸屬するに反して代理は一個の官のみを保有する點に求められる(註一)。例へば前例内務大臣兼大藏大臣といふ場合は同一人が内務大臣と大藏大臣の二個の地位を有するに反して内務大臣代理大藏大臣何某といふ場合は、大藏大臣たる官を保有するに止まる。他の一の區別は兼官の場合は職を切離した純粹に官のみの兼任が可能であるに反して代理の場合は、代理行爲の對象が被代理機關に屬する職務である結果、少くとも被代理者の官を職から分離せしめて、官のみの代理といふ事は有り得ない。例へば書記官代理事務官といふのでは、被代理者の職務の範圍が定まらざる爲め代理關係の設定は不能であると謂はねばならぬ。次に兼職と代理との相異については前に一言したから(註二)更めて繰返さないが約言すれば兼職の場合は自己の名義に於て行爲し且つ兼職の表示をも必要としないのに反して、代理の場合には被代理者の名義に於て行爲し且つ代理關係なる事の表示を不可缺の要件となす點に求められる(註三)。

(註一) 山崎丹照氏 内閣制度の研究 一七〇頁。山田教授 前掲論文 二三頁。

(註二) 本稿八頁参照。

(註三) 中村教授 前掲論文 三四頁。

—— 終 ——